

實務寫出來，分數自然來——分析國考最 新實務見解走向

壹、搜索相關實務見解

一. 有令狀搜索與無令狀搜索合法性判斷

最高法院 107 台上 2850 號判決

搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第 130 條附帶搜索、第 131 條第 1 項、第 2 項 2 種不同之緊急搜索及第 31 條之 1 之同意搜索等共 4 種。此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。上開附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限。其中所謂「立即可觸及之處所」乙語，自與同法第 131 條之「住宅」、「其他處所」不同；前者必須是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所，至於後者，則無此限制。如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索。又上揭緊急搜索，其目的純在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或其他處所，搜索之對象，在於「人」，而非「物」；倘無搜索票，但卻以所謂緊急搜索方法，逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索。至同意搜索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致，否則，仍非適法。又此同意權限之有無，就「身體」之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意

接受搜索，難謂合法，更不待言。

二. 夜間搜索同意判斷

最高法院 108 台上 2254 號判決

有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄，刑事訴訟法第 146 條第 1 項、第 2 項定有明文。則欲在上開處所行夜間搜索或扣押，自以已取得「住居人、看守人或可為其代表之人承諾」或「有急迫之情形」者為限。刑事訴訟法對夜間搜索之實施，既有意予以限制在特定情形下始可實施，基於憲法對人身自由及居住自由、安寧等有關人權之保障，為避免偵查機關實施強制處分之搜索、扣押時，侵害個人之隱私權及財產權，就刑事訴訟法關於搜索、扣押之規定，自不容許任意為擴張解釋，以確保實施刑事訴訟程序之公務員不致違背法定程序實施搜索、扣押，否則對人權之保障自有不周。是以該條第 1 項規定之「承諾」、「急迫情形」，均應為嚴格之解釋。而該項之「承諾」，亦應以當事人之自願且明示之同意為限，而不包括當事人未為反對表示之情形，亦不得因當事人未為反對之表示即擬制謂當事人係默示同意，否則在受搜索、扣押之當事人因不諳相關法律規定不知可否為拒絕之表示，而執行之公務員復未主動、明確告知所得主張之權利時，偵查機關即可藉此進行並擴大夜間搜索，變相侵害當事人之隱私權及財產權，該規定之保護無異形同具文。

三. 同意搜索之告知義務

最高法院 108 台上 839 號判決

按搜索，固為強制處分之一種，係在發現被告，得為證據之物或得為沒收之物，而搜索的對象可能為被告或第三人之住宅、處所及個人身體與物件，對於犯罪嫌疑人、被告或其他訴訟關係人基本權利所為干預基本權的行為。而刑事訴訟法第 131 條之 1 的「同意搜索」，法條僅規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」然有關受搜索人同意的前提要件、標準步驟，乃至簽署同意書面的格式、

格式、內容、時間等記載均付之闕如。雖「同意搜索」乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂「任意處分」，惟為避免偵查機關濫用，於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍，且所踐行的程序應合理、正當，並應遵守刑事訴訟法其他關於搜索的規定。即係以執行人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意的權限，並應將其同意的意旨記載於筆錄或書面，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索的意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見的機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為的同意為其實質要件。換言之，既謂「同意搜索」，搜索人員應於詢問受搜索人同意與否前，先行告知其有權拒絕搜索，且於執行搜索過程中受搜索人可隨時撤回同意而拒絕繼續搜索，即受搜索人擁有不同選擇的權利。另執行搜索之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正，否則其搜索難認合法。

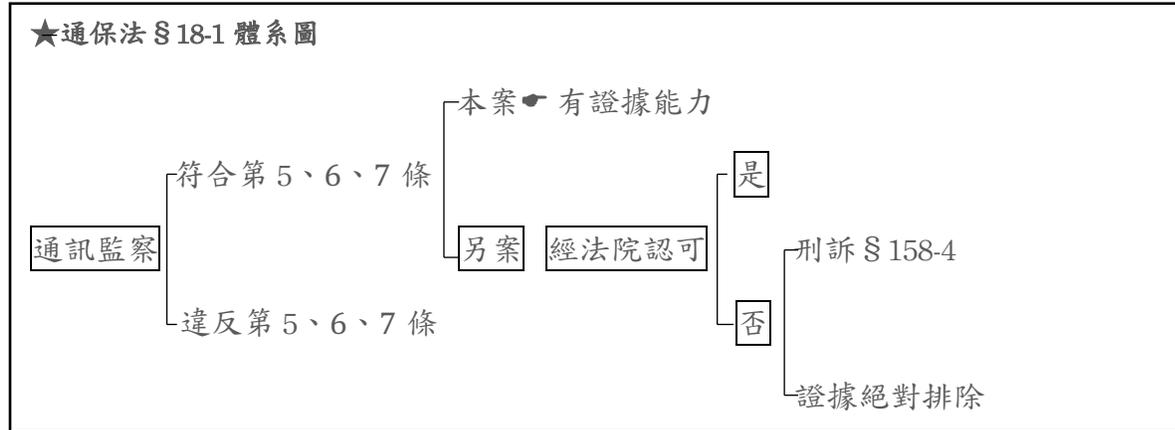
四. 勘查與搜索之區別

最高法院 108 台上 1000 號判決

刑事訴訟法第 230 條、第 231 條規定，司法警察(官)因偵查犯罪必要時，得封鎖犯罪現場，本有即時「勘察、採證」之權，其執行「勘察、採證」，無須獲得同意。與「搜索、扣押」之權，必須符合法律要件，原則上以獲得法官同意取得搜索票，才得據以執行，固有所不同。惟其有侵害個人隱私權及財產權等情，則無不同，是勘察人員所得扣押為另案證據者，參照刑事訴訟法第 152 條規定「另案扣押」採「一目瞭然」法則之意旨，即執法人員在合法執行本案「勘察、採證」時，若在目視範圍以內，發現存有另案犯罪之合理依據而屬於另案應扣押之物，即得無令狀予以扣押之；反之，則應依法定程序向法官聲請令狀始得為之。又所謂另案，只需為本案以外之刑事犯罪案件即可，至於是否已經偵查機關所發覺、是否已進入偵查程序或審判程序，在所不問，以便機動性地保全該證據，俾利於真實之發現及公共利益之維護。

貳、通保法相關實務見解

一、概觀



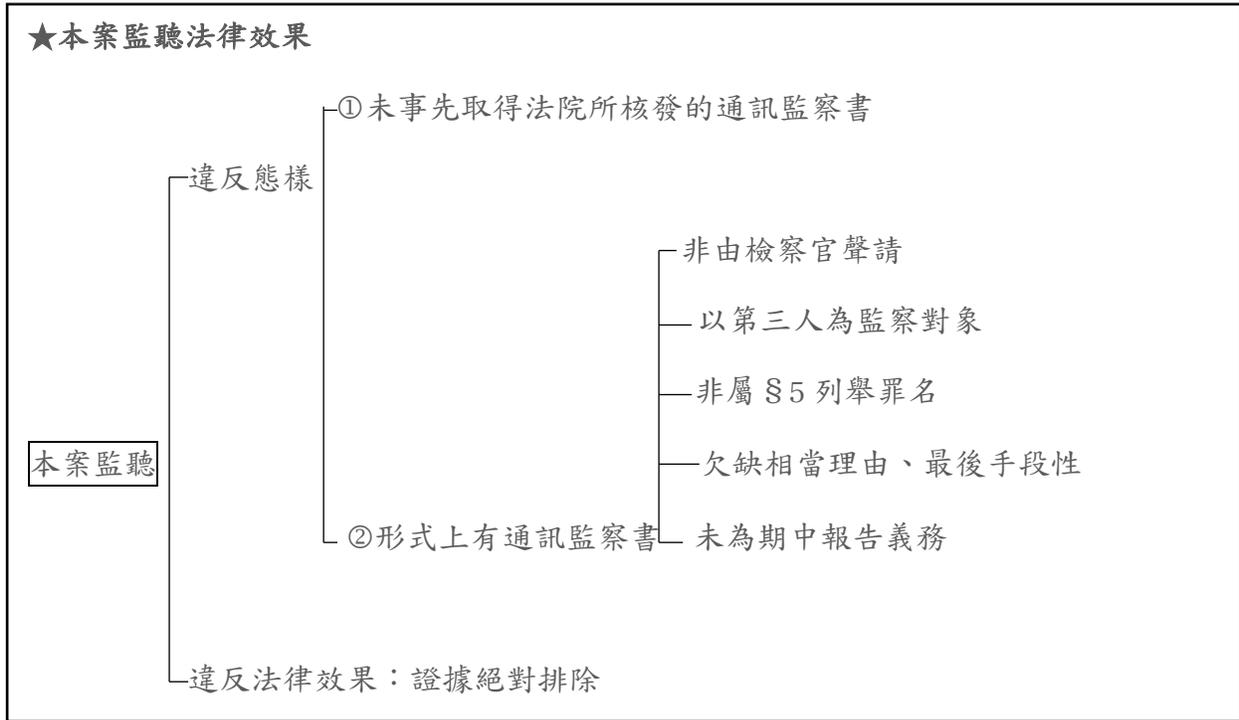
民國 103 年所修正公布之通保法，基於保障人民受憲法第 12 條秘密通訊自由之基本權，採取絕對排除法則及毒樹果實理論，以判斷違法通訊監察所得資料之證據能力。然而，學者多認為本次修法不當，因此本條在考試上即成為熱門考點，對於相關爭點，同學們務必掌握。

二. 本案監聽

通保法 § 18-1 條

III 違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。

(一) 違反態樣及法律效果



(二) 本案監聽法律效果與刑事訴訟法之關聯

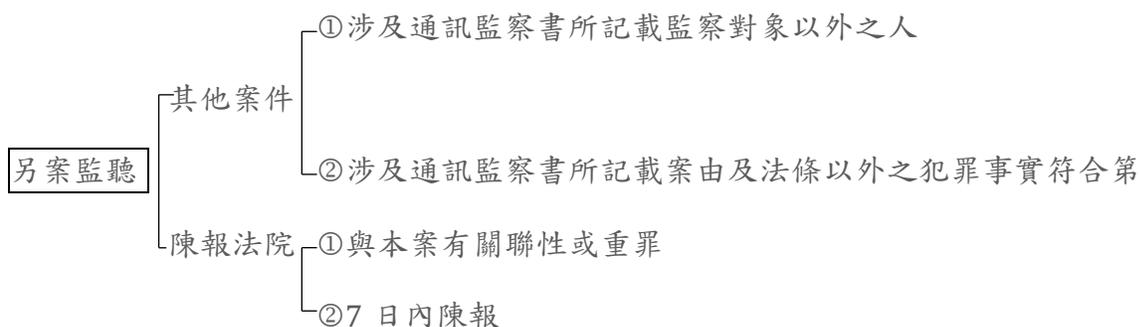
最高法院 107 台上 3407 號判決

憲法第 12 條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨（司法院釋字第 631 號解釋參照）。我國因此就通訊監察及通訊紀錄等事項，特制定通訊保障及監察法（下稱通保法）以為規範。又通保法的立法目的，依該法第 1 條規定，係為保障人民秘密通訊及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序而制定。嗣為更嚴厲防止濫權監聽、浮濫申請、草率核准通訊監察等情形，俾進一步確實保障人權，復於 103 年 1 月 14 日，將該法第 5 條第 4 項、第 5 項修正為：「執行機關應於執行監聽期間內，每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀

時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一偵、他字或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。」另增訂第 18 條之 1，該條第 3 項復規定：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」嗣於同年月 29 日公布，並自公布後 5 個月施行。此項證據排除規定，既無但書或附加例外，又未授權法院作個案判斷其違法情節是否重大，顯然立法者係有意採取更為嚴格的態度，以釜底抽薪方式，抑制不法調查作為，將違反上開規定進行監聽所取得之證據，悉予排除；且經核此性質，即為刑事訴訟法第 158 條之 4 所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。

二. 另案監聽

★另案監聽體系圖



在本案通訊監察過程中，難免會有偶然聽到他案之犯罪資訊，此等其他案件之內容，有無證據能力？在修法前實務曾有重罪或關聯性原則說及令案扣押及舉重以明輕法例，在修法後採取重罪或關聯性原則說後，似以無爭議；然而，最高法院近期認為倘另案監聽陳報人未予陳報法院，未必一概無證據能力，此項見解，同學們務必留意。

(一)修法前實務見解

最高法院 97 台非 549 號判決(修法前見解)

惟實施通訊監察時，因無法預期及控制實際監察所得之通訊內容及範圍，在通訊監察過程中，不免會發生得知在本案通訊監察目的範圍以外之通訊內容（有稱之為「另案監聽」、「他案監聽」者），此種監察所得與本案無關之通訊內容，如涉及受監察人是否另有其他犯罪嫌疑時，得否容許作為另案之證據使用，法無明文規定。此種情形因屬於本案依法定程序實施通訊監察時，偶然附隨取得之證據，並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，自無刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之適用。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第一百五十二條明定，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現「另案應扣押之物」，得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官（學理上稱為「另案扣押」）。則基於同一之法理，及刑事訴訟上發現真實之要求，自應容許將在本案通訊監察目的範圍以外，偶然獲得之資料，作為另案之證據使用。又九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條第五項、第六條第三項均規定「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」依上開二項規定意旨，並參酌刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，違法監聽如情節並非重大者，所取得之監聽內容及所衍生之證據，有無證據能力，仍應就人權保障及公共利益之均衡維護予以權衡決定，而非當然無證據能力，則依「舉重以明輕」之法理，在合法監聽時，偶然附隨取得之另案證據資料，並非違背法定程序取得之證據，亦未侵害憲法所保障之人民秘密通訊權，基於維護公平正義及刑事訴訟發現真實之目的，該偶然取得之監聽內容及所衍生之證據，亦應認為有證據能力。

(二)修法後實務見解

最高法院 107 台上 3052 號判決

依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可為程序要件。此項於偵查中另案監聽應陳報法院事後審查之立法，與刑事訴訟法第 131 條第 3 項對於逕行搜索，應於實施或執行後 3 日內陳報該管法院或報告該管檢察官及法院，由法院審查之立法例相仿，蓋另案監聽係依附於本案監聽而存在，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分，且俱因急迫性併屬未及事先聲請令狀，為避免浮濫，故由法院介入先行審查。逕行搜索以出於急迫之原因為要件，是否確係如此，一旦時過境遷，或不免將失去審查之機宜，而不利於被告，即令有未陳報或陳報後經法院撤銷之情形，其所扣押之物得否為證據，既仍容許於審判時再為權衡判斷，並不當然予以排除。而另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，再行審酌裁量其得否為證據。

最高法院 107 台上 2345 號判決

民國 103 年 6 月 29 日修正後通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 1 項規定施行起，被告本身因違反槍砲彈藥刀械管制條例實施通訊監察後所得關於違反森林法之通訊監察譯文，均屬因其他案件所取得內容之「另案監聽」，而該部分均未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可。但通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 1 項本文之規定，並未排除刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡原則之適用，斟酌執行機關著重在被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件之偵查，並非利用他案合法監聽時而有意附帶達到監聽被告之目的，其未陳報法院審查係出於過失，並無故意不報請審查之意；而違反森林法第 52 條本屬通訊保障及監察法第 5 條第 1 項第 17 款所得實施通訊監察之罪名，且竊取森林主產物對國家森林資源及水土保持與生態平衡均

產生嚴重影響，是執行機關如依法定程序陳報法院審查認可，依形式觀之，法院應無不予認可之理由，基於另案扣押相同之法理及善意例外原則，認附表通訊監察譯文，均有證據能力。

三. 案例練習

Q. 甲等人因為違反槍砲彈藥管制條例而受有通訊監察，在通訊監察期間內，取得了被告陳等人違反森林法的通訊內容，但檢察官並未向法院陳報審查認可。檢察官以監察所得的森林法案件通訊內容作為證據，提起公訴。一審法院審理後認為，通甲經營賭博性電子遊戲場，為免遭管區派出所取締，涉嫌行賄請求警員乙惠予照顧，不要動輒取締，並約定由甲自民國(下同)100年12月份起，每月交付新臺幣(下同)20,000元給乙。調查局線民丙，於100年12月20日，向調查局密報稱：「曾聽聞甲曾向顧客表示，安啦!管區警員乙，已打點好了。」經製作調查筆錄在案。調查員懷疑甲、乙二人涉有不法情事，為過濾線索的真實性，於翌日12月21日自行秘密監聽，發現甲、乙二人之通話內容提及「茶葉好了，有空過來喝」等曖昧用語。調查員研判是二人約定之暗語，遂於同年月28日檢具丙告發之調查筆錄及上開監聽譯文，洽請檢察官向法院聲請核發通訊監察書，監聽甲、乙二人手機號碼的通話。法院核准聲請，並於通訊監察書上載明監聽期間為：「自100年12月30日上午10時起至101年1月30日上午10時止」。調查員於101年2月1日通知甲、乙二人到案說明，甲、乙均否認犯罪。偵查中檢察官以證人身分傳喚丙，丙具結後供稱：「向調查員所供全是道聽塗說」，檢察官認為丙於調查局之供述較為可信，偵查終結，以甲、乙分別涉犯違背職務行賄、受賄罪，於101年5月1日提起公訴。檢察官並提出線民丙之調查筆錄、監聽之錄音光碟及監聽譯文，作為證據。其中，監聽譯文是由調查局人員製作但未經簽名，內容則載明：「兩手機通話時間為100年12月31日XX點XX分至YY分...甲手機發話...茶葉好了可以來喝了...乙手機回話:謝謝啦!馬上過去喝。下個月初，可能有自強活動(意指分局有擴大臨檢之暗語)」。

(一) 100年12月21日之調查員秘密監聽，得否作為認定甲乙二人有罪之證據?

[改編至107律師]

Ans. 本題中，調查員接獲線報認為甲、乙二人涉嫌違背職務賄賂罪，雖屬通保法所列得監聽之罪名，原則上亦應報請檢察官向法院聲請核發通訊監察書，始得監聽。依題旨，本案中亦不符合第 6 條得例外緊急監聽之特別情況，且調查員於進行緊急監聽時未先報請檢察官以口頭指揮執行，調查員於 100 年 12 月 21 日之秘密監聽，未經法院核發通訊監察書，違反通保法第 5、6 條規定，構成違法監聽。其取得之監聽譯文，依通保法第 18-1 條第 3 項之特別規定，應落入「證據使用禁止」之範圍，予以排除，故於司法偵查、審判或其他程序中均不得採為證據。

QII 通保法第 18 條之 1 第 1 項並未排除刑事訴訟法（以下簡稱「刑訴法」）第 158 條之 4 的適用，所以判定檢警所取得另案關於森林法的通訊內容有證據能力。在綜合其他證據後，地方法院諭知了有罪判決。被告不服，提起上訴，高等法院維持原判決。被告不服，上訴於最高法院。審理後，最高法院駁回被告的上訴，全案因而確定。偵查機關實施通訊監察過程中，取得了他案的通訊內容，未依通保法第 18 條之 1 第 1 項向法院陳報者，該他案通訊內容是絕對無證據能力，不得作為證據調查之用，抑或是還有刑訴法第 158 條之 4 的適用，應由法院審酌人權保障及公共利益的均衡維護後，權衡決定其應否排除？

[李榮耕，另案監察及其所取得的通訊內容的證據能力——最高法院 107 年度台上字第 2345 號刑事判決，月旦裁判時報，第 84 期，2019 年 6 月]

四. 其他重要爭點

(一)背景、聲音或對話內容，皆屬合法通訊監察之範圍

最高法院 107 台上 4581 號判決

按通訊保障及監察法所指通訊，其範圍包括利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信者，且須以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限；而通訊監察之方法係以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之，該法第 3 條第 1 項第 1 款、同條第 2 項及第 13 條第 1 項前段分別定有明文。司法警察機關依法定程序執行電信監聽取得之錄音，係以錄音設備之機械作用，真實保存當時通訊之內容，在通訊監察之錄音過程中，無論係監聽電話通訊發、受話兩端之對話聲音、背景聲音，乃至於兩端或受監察人單端與其身旁人之對話內容，皆屬透過受監察電信設備目標所接收之音，符合監聽受監察人之目的，受監察人對此亦有合理的隱私期待，俱為該法第 3 條第 1 項第 1 款所稱之「通訊」，仍屬合法通訊監察之範圍。至司法警察實施通訊監察所側錄被告與他人之對話內容，若其對話本身即係被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，該對話內容於法律評價上，應屬被告審判外之自白，其得否為證據，應視其是否具備任意性與真實性以為斷，並仍應調查其他補強證據，以察其是否與事實相符。

(二)GPS 偵查之合法性¹

最高法院 106 台上 3788 號判決

又偵查機關為偵查犯罪而非法在他人車輛下方底盤裝設 GPS 追蹤器，由於使用 GPS 追蹤器，偵查機關可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用

¹學者意見參薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法 - 評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事

車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。而使用 GPS 追蹤器較之現實跟監追蹤，除取得之資訊量較多以外，就其取得資料可以長期記錄、保留，且可全面而任意地監控，並無跟丟可能等情觀之，二者仍有本質上之差異，難謂上述資訊亦可經由跟監方式收集，即謂無隱密性可言。偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而偵查既屬訴訟程序之一環，即須依照法律規定行之。又偵查機關所實施之偵查方法，固有「任意偵查」與「強制偵查」之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬「強制偵查」，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。又依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實。查偵查機關非法安裝 GPS 追蹤器於他人車上，已違反他人意思，而屬於藉由公權力侵害私領域之偵查，且因必然持續而全面地掌握車輛使用人之行蹤，明顯已侵害憲法所保障之隱私權，自該當於「強制偵查」，故而倘無法律依據，自屬違法而不被允許。又刑事訴訟法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及海岸巡防法第 10 條第 1 項、第 2 項、第 3 項之規定，僅係有關偵查之發動及巡防機關人員執行犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第 231 條司法警察（官）之規定，自不得作為裝設 GPS 追蹤器偵查手段之法源依據。

(三)傳真影像內容之調取

最高法院 106 台非 259 號判決

通訊隱私權保護之主要緣由，乃通訊涉及兩個以上參與人，意欲以秘密之方式或狀態，透過介質或媒體，傳遞或交換不欲為他人所得知之訊息。因其已脫離參與人得控制之範圍，特別容易受國家或他人之干預與侵擾，有特別保護之必要，故其保障重在通訊之過程。另上揭通訊之本質係涉及兩個以上參與人間之意思交換之旨，故通訊隱私權實有別於一般隱私權，一般隱私權並不當然涉及個人以外之他人，即便僅個人一人，亦能主張此一憲法權利，如個人在住家之活動、身體之

私密部位、書寫之日記，均為一般隱私權所保護之對象，然此皆與通訊隱私權無涉。秘密通訊自由所保護者，既係在於通訊參與人間之訊息得以不為他人知悉之方式往來或遞送之秘密通訊過程，其所保障之範圍，自應隨訊息送達接收方，傳遞過程結束而告終止，據此，通訊內容在傳遞過程中固為秘密通訊自由所保護之客體，如該通訊內容已處於接收方之支配範圍，接收方得對此已結束傳遞過程之通訊內容，自行決定留存或刪除等處理方式，則其秘密通訊自由之保障已經結束，換言之，所謂「過去已結束」之通訊內容，已非秘密通訊自由保護之客體，應僅受一般隱私權即個人資料自主控制之資訊隱私權所保護。有主張檢察官如認「過去已結束」之通訊內容，屬於本案證據，且為應扣押之物，即可依手段比例原則，分別命扣押物之所有人、持有人或保管人提出或交付，甚而進一步依非附隨搜索之扣押程序，逕以實行扣押之方式取得即可，均無庸向法院聲請扣押裁定，惟此對人民一般隱私權之保障實有未足。蓋以現今資訊世界，大量仰賴通訊軟體，通訊服務，有大量之隱私儲存於此，如容許偵查機關未經法院之介入，逕行調閱，其侵害隱私至深且鉅，顯違比例原則。何況，現今資訊及通訊科技全球化，我國當無閉門造車，自外於先進國家法制之理。準此，修正後刑事訴訟法第133條第3項規定「應扣押物」及第133條之1第1項規定「得為證據之物」之扣押客體，基於維護人民一般隱私權、保障其訴訟權益及實現公平法院之憲法精神，應依目的性限縮，而認不及於「過去已結束」之通訊內容。是以，檢察官對於「過去已結束」之通訊內容之非附隨搜索之扣押，原則上應向法院聲請核發扣押裁定，不得逕以提出或交付命令之函調方式取得，方符上開保障人民一般隱私權之旨。

(四)案例練習

2018年7月至12月，A使網路服務業者B公司提供的電子郵件帳號海發詐欺廣告郵件。無數被害人利慾薰心受騙回信，並匯款到指定之人頭帳戶，A獲取可觀不法所得。被害人驚覺上當，到地檢署按鈴告訴A上述罪行。承辦檢察官S認A涉犯網路詐欺罪。經初步偵查，S發現A讀取被害人郵件後，習慣將通信郵件繼續存放在B公司提供的電子信箱內，而這些郵件應可作為A犯罪之證據。不久，S透過取證行為，使B公司交付A電子郵箱過去半年內已讀取的電子郵件。請附具理由分析以下取證行為的合法性。

(一)S向B公司出示法院核發的通信紀錄掉取票，命B公司交付系爭郵件。

(二)S未持任何核發的令狀，率大批警調人員前往B公司，口頭要求B公司交付系爭郵件，抗拒就強制搜索扣押。B公司迫於檢警大軍壓境，乃交付系爭郵件。

[108年北大]

Ans.本題案例類似於中華電信 HIBOX 案，涉及國家機關欲取得過去已結束之通訊內容，所應遵守的程序，最高法院在 106 年台非 259 號判決已有清楚說明，縱然過去已結束之通訊內容非屬通保法保障範疇，然而仍受隱私權所保障，國家機關不得以提出或交付命令之函調方式取得，仍須遵守令狀原則²³。

² 參李榮耕，李榮耕觀點：為最高法院保障人民隱私權的判決按讚！

<https://www.storm.mg/article/452101>，最後瀏覽日:2019/11/21

³ 在最高法院作成結論前，法務部曾對此問題討論，最後採取丙說：逕依刑事訴訟法第 133 條第 2 項之規定函請電信服務公司提供相關資料即可，無庸依通訊保障及監察法規定辦理，不過既然最高法院已有結論，自然以最高法院結論為準，有興趣的同學可以參考法務部法檢字第 10604533580 號法律問題提案

參、不利益變更禁止原則

★不利益變更禁止原則之審查

Step①適用前提之審查:僅為被告利益而上訴

- └ 僅被告上訴或為被告利益上訴
- └ 檢察官或自訴人並未為被告之不利益而提起上訴

Step②禁止加重原則之審查(第二審不得諭知較重於原審判決之刑)

- └ 比較對象：第一審判決。
 - └ 主刑、從刑、緩刑(101 台 272 決)：✓
- └ 禁止內容:不得諭知較重之刑
 - └ 沒收：× (107 台 3559 家決)
 - └ 保安處分：✓

Step③容許加重例外之審查:原審判決適用法條不當而撤銷

- └ 包含刑法總則
 - └ 誤共同正犯為教唆犯 (26 渝上 48 判例)
 - └ 誤數罪併罰為想像競合犯 (104 台 1693 決)
 - └ 誤適用刑法第 59 條而酌減不當 (106 台 3712 決)
 - └ 依法應加重而未加重(107 台 3562 決)
 - └ 誤數罪併罰為一罪(107 台 844 決)
- └ 分則或特別刑法

(一)定應執行刑有不利益變更禁止原則適用

最高法院 108 台抗 436 號裁定

又民國 103 年 6 月 4 日修正刑事訴訟法第 370 條第 2 項、第 3 項，對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用。而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑(下稱原定執行刑)，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。亦即基於有利被告之不利益變更禁止原則，分屬不同案件之數罪併罰定執行刑，原定執行刑有拘束

新定執行刑上限之效果，法院裁量所定之刑期上限，自不得較重於「原定執行刑加計新宣告刑之總和」；另更定其刑結果，祇要符合刑法第 51 條規定，即是以限制加重原則取代累加原則以決定行為人所受刑罰，固屬合法，但基於法秩序理念及法安定性原則，對原定執行刑仍須予以尊重，倘另定執行刑時，依其裁量權行使結果，認以定較原定執行刑為低之刑為適當者，即應就原定執行刑有如何失當、甚至違法而不符罪責及罪刑相當原則之情形，詳載其理由，俾免流於恣意擅斷，而致有量刑裁量權濫用之虞。

最高法院 108 台非 20 號判決：

實務上定應執行刑之案件，固以數罪中最先確定之案件為基準日，犯罪在此之前者皆符合定應執行刑之要件；犯罪行為在基準日之後者，不與焉（如另符合定應執行刑之要件，則另定其應執行刑，與前所定者合併執行）。惟此原則於特殊個案，顯然不符合罪刑相當之憲法原則時，應有所例外，否則罰過其罪，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，其人身自由因此遭受過苛之侵害，對人民受憲法第 8 條所保障之人身自由所為限制，自有違上開罪刑相當原則及比例原則。又刑法第 51 條第 5 款規定，經宣告多數有期徒刑之數罪併罰方法，係以各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，法院即應於俱罰各罪之中，以最重之宣告刑為基礎，參酌他罪之宣告刑，本諸限制加重原則，裁量加重定之，是該款之目的乃藉此將被告所犯之數罪重新裁量評價，除不得逾越法律所規定範圍之外部性界限外，尤應尊重前述罪刑相當及比例等諸憲法原則，俾與其授與裁量權之目的相契合，足徵該款之立法意旨，並無使被告處於更不利地位之意。故在刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項，亦針對第二審上訴案件之定應執行之刑，卻因被告另犯他罪之確定判決，致須再重定數應執行刑時，亦應有不利益變更禁止原則之適用，本于此，上開實務上之處理原則，於特殊個案，應對憲法原則有所讓步，而屬例外。

(二)罪刑相當原則於不利益變更禁止原則之例外亦有適用

最高法院 107 台上 2545 號判決

刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違，司法院釋字第 669 號解釋理由書闡述綦詳。此罪刑相當原則於刑事審判個案同應適用，視同憲法原則。從而罪刑相當原則於刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則之例外情況(即但書之情形)亦應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，而下級審判決非顯然失出，則禁止處以較重之刑或相同之刑，以遵循此實體法之大原則，不可偏執。換一角度，如此亦係使被告提起上訴時，如有改判機會，不致因而遭受較重之刑，而憚於提起上訴，亦為不利益變更禁止原則保護之另一體現。

(三)不利益變更禁止原則之容許例外

最高法院 107 台上 1642 號判決

刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書所謂因原審判決適用法條不當而撤銷，得諭知較重於原審判決之刑者，必須認定的犯罪事實較原審判決認定的犯罪事實為擴張，或改適用之法條法定刑重於原適用之法條者，始得為之。原判決以第一審判決未論上訴人係犯陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 7 款之罪，為適用法條不當，固屬正確。但既仍適用刑法第 227 條第 3 項處罰，與第一審判決相同，且認定之犯罪事實亦未較原審判決之認定為擴張，依上述說明，自不得諭知較重於第一審判決所處之有期徒刑 10 月。竟改判處上訴人有期徒刑 1 年，顯違刑事訴訟法第 370 條第 1 項前段之不利益變更禁止原則之規定。

最高法院 107 台上 47 號判決(犯罪次數)

刑事訴訟法第 370 條第 1 項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」此即學理所稱不利益變更禁止原則，其前段規定為原則，但書規定為例外，於檢察官未提起上訴，且原審法院無適用法條不當情形下，上級審法院不得諭知較重於原審之刑，以實質保障被告上訴權。原判決就事實欄二係以第一審未認定上訴人犯罪所得金額並為沒收之宣告，為其撤銷第一審此部分判決之理由，而原判決將第一審認定上訴人媒介、容留 C 女與不特定男客性交易「多次」，依卷證資料明確認定為「15 次」，並未認定上訴人媒介、容留次數之犯罪事實或情節，較之第一審認定者為多或重，亦未說明第一審判決就事實欄二部分適用法條不當，乃於僅上訴人提起上訴之情形下，竟諭知較第一審判決所處有期徒刑 3 年 6 月，併科罰金 10 萬元為重之有期徒刑 3 年 8 月，併科罰金 10 萬元，自有違上開不利益變更禁止原則。

最高法院 104 台上 3279 號判決

又刑事訴訟法第三百七十條第一項明定，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。故所謂不利益變更之禁止，僅禁止其為較重之刑之宣告，不及於被告之不利益事實之認定與法律之適用。本件原審與第一審法院雖同認定上訴人係犯銀行法之非銀行經營收受存款業務，其犯罪所得達一億元以上之罪之集合犯。但原審審理結果認本案吸收資金之行為，同案被告並未與上訴人共同決策，亦未有實際收受存款之行為，其僅係完全聽命於上訴人行事之助理人員，係基於幫助之犯意，從事犯罪構成要件以外之行為，應為幫助犯，而非第一審判決所認定之上訴人係與賴妙棋間有犯意聯絡及行為分擔，應為共同正犯之情事，第一審依共同正犯論擬，其適用法條已有不當；再第一審判決認定本件之被害人為二十九人，上訴人之犯罪所得為五億二千一百四十二萬六千三百五十六元，而原判決認定之被害人增為三十人，且上訴人犯罪所得更多達五億四千六百四十二萬六千三百五元，因而將原判決撤銷改判。故原審所適用之刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有差異，原判決撤銷第一審關於上訴人部分之判決，改判諭知較重於第一審判決之刑度，即難謂與不利益變更禁止原則之旨意相違意相違。

(四)檢察官未被告不利益上訴在符合特定要件亦有不利益變更禁止原則適用

最高法院 107 台非 143 號判決

刑事訴訟法第 370 條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。第 1 項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之時，準用之。」故本法第 370 條第 2 項、第 3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用。由本法第 370 條第 1 項前段反面解釋，倘係檢察官對被告之不利益提起上訴：(一)、其上訴有理由者，則在被告未提起上訴時，第二審自得撤銷第一審判決而諭知較重之刑。(二)、於被告亦提起上訴然無理由者，第二審若認檢察官上訴主張第一審判決適用法條不當或量刑過輕有理由時，亦得撤銷第一審判決並改判較重之刑。(三)、被告並未提起上訴，但檢察官之上訴無理由者，苟第一審判決並無適用法條不當而撤銷之情形，第二審即不得諭知較第一審判決為重之刑。(四)、於被告亦提起上訴，然檢察官僅以第一審量刑過輕提起上訴而無理由者，第二審自不得諭知較第一審判決為重之刑。但如第一審判決有適用法條不當而撤銷之情形，則不在此限。(五)、於被告亦提起上訴，然檢察官僅以第一審適用法條不當提起上訴而無理由者，第二審自不得諭知較第一審判決為重之刑。(六)、於被告亦提起上訴，然兩造上訴均無理由者，若第一審判決並無適用法條不當而撤銷之情形，第二審亦不得諭知較第一審判決為重之刑。

(五)沒收不適用不利益禁止原則

在個案中，第一審法院未諭知沒收，上訴到二審後，二審法院得否改為諭知沒收判決，換言之，沒收有無不利益變更禁止原則的適用？

最高法院 106 台上 3231 號判決

本件第一審未及審酌上開沒收新制規定，原判決因而將之撤銷改判，核與刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書之規定無違，自無不利益變更禁止原則之適用。

最高法院 107 台上 3559 號判決

所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無不利益變更禁止原則之適用。

(六) 案例練習

QI. 檢察官以公務員甲分別向 A、B 廠商收受賄絡之犯罪事實，起訴甲犯 2 個公務員不違背職務收受賄絡罪，第一審法院判決甲兩罪皆成立，且有證人保護法之減刑事由，諭有期徒刑 2 年；甲不服上訴後，第二審法院認甲就 A 廠商收賄部分無法證明，撤銷原審判決而改判無罪；就 B 罪部分則認無證人保護法之減刑事由，諭以不違背職務收受賄絡罪，有期徒刑 3 年，第二審法院之判決是否合法？

「筆者自擬」

Ans. 本例，僅有甲為被告利益而上訴，符合不利益變更禁止原則適用前提，雖然第二審法院以本案無減刑事由而撤銷原判決並為較重刑度，似符但書例外；惟，不利益變更禁止原則之例外仍受受罪刑相當原則之拘束，且本案甲之收賄次數從 2 次變為 1 次，其犯罪情節較為輕微，第二審法院竟諭知較重，已有違法。

QII. 檢察官起訴甲利用乙女服用藥劑限於不能抗拒時猥褻之，經第一審法院以乘機猥褻罪名判處 1 年 6 月有期徒刑，並宣告 2 年期間之緩刑。被告甲未上訴，但甲妻丙不服判決，堅信此乃乙女設計之「仙人跳」，遂不顧甲之反對，於上訴期間內附具體理由提起上訴。設若檢察官未上訴、第二審仍諭以乘機猥褻罪名，但撤銷改判 2 年有期徒刑併改宣告 3 年期間之緩刑，且增宣告犯罪工具之沒收，第二審法院之判決是否違反不利益變更禁止原則？

「本案例參考至：林鈺雄，刑事訴訟法實例解析，新學林，2019 年 3 月，頁 341」

Ans. 本例，僅有丙為被告利益而上訴，符合不利益變更禁止原則適用前提，就緩刑部分，緩刑期間之長短亦屬較重之刑，且無第一審適用法條不當之容許加重例外，故已違反不利益變更禁止；惟就沒收部分，依實務見解，沒收已去從刑化，且為貫徹其立法目的，第二審法院諭知沒收並無違法。

QIII.檢察官起訴甲犯刑法第 320 條普通竊盜罪而處 2 年有期徒刑，嗣後甲因他案另遭判處有期徒刑 1 年，第一審法院遂依數罪併罰合併定應執行 2 年 3 個月；甲不服刑度而提起抗告，第二審法院改定執行刑 2 年 5 個月，試問第二審法院之判決是否違反不利益變更禁止原則？

「筆者自擬」

Ans.本例，僅有甲為其利益而提起抗告，定執行刑亦應有不利益變更禁止原則之適用，第二審法院改定較重之執行刑有違不利益變更禁止原則。

肆、輕罪案件不能上訴第三審限制

刑事訴訟法第 376 條

I 下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：

- 一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。
- 二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。
- 三、刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。
- 四、刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。
- 五、刑法第三百四十二條之背信罪。
- 六、刑法第三百四十六條之恐嚇罪。
- 七、刑法第三百四十九條第一項之贓物罪。

II 依前項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院。

一. 概論

釋字第 752 號解釋

解釋文

刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

解釋理由書(節錄)

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受

侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋參照）。人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開本院解釋意旨，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。此外，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定（本院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號及第 665 號解釋參照）。

系爭規定限制人民上訴於第三審法院，涉及憲法第 16 條所保障人民之訴訟權。其規定旨在減輕法官負擔，使其得以集中精力處理較為重大繁雜之案件，以期發揮司法功能。故系爭規定係立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，所為之裁量。倘就系爭規定所列案件，被告經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決，因其就第一審有罪之判決，已有由上訴審法院審判之機會，就此部分，系爭規定不許其提起第三審上訴，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。

惟系爭規定就所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，亦規定不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。被告就此情形雖仍可向法院聲請再審或向檢察總長聲請提起非常上訴，以尋求救濟，然刑事訴訟法第 420 條以下所規定再審以及第 441 條以下所規定非常上訴等程序之要件甚為嚴格，且實務踐行之門檻亦高。此等特別程序對經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之被告，所可提供之救濟，均不足以替代以上訴之方式所為之通常救濟程序。系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

二. 案件是否屬不得上訴第三審之判准

最高法院 107 台上 2391 號判決

按刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。是不得上訴於第三審法院之案件，即以第二審為終審法院。而案件是否屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各罪之範圍，固不起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載之事實為準，並應視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。如檢察官在準備程序後、言詞辯論終結前固曾提出非屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各款罪名之意見書，惟於最後言詞辯論檢察官論告時，又以起訴書所載之屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各款之罪名為主張及論告，基於論告乃檢察官在審判期日最重要之法庭活動，且在審判庭之論告程序中，檢察官必須針對犯罪事實及適用之法律，與被告及其辯護人為辯論，非唯影響法官對事實之認定及法律之適用，更攸關真實之發現，其既於訴訟進行程度及個案情節，日趨具體、明確後，在最後一次言詞辯論終結前未再就先前曾提出非屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各款罪名之意見爭執、論告，而回復以起訴書所載之犯罪事實及屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各款之罪名作為論告及言詞辯論之所本，自應認檢察官於最後一次言詞辯論終結前所提出者，已取代先前意見書之罪名爭執，始符檢察官負舉證責任及保障被告防禦權之真義，並藉以衡平當事人上訴第三審之限制。

三. 輕罪案件例外得上訴第三審之解釋

最高法院 106 台上 2780 號判決

刑事訴訟法第 376 條亦於 106 年 11 月 16 日修正公布。修正後該條第 1 項規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：（下略）。同條第 2 項規定：依前項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院。上開條文第 2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，應係指適用上開新修正條文第 1 項但書之規定而

而提起第三審上訴者而言。若非依前述新修正條文第 1 項但書之規定提起第三審上訴者，則無適用同條第 2 項規定限制其再上訴第三審法院之餘地。申言之，第一審法院諭知被告無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之案件，經第二審法院撤銷改判被告犯同條第 1 項各款所列不得上訴第三審法院之罪名者，因被告係初次被判處前揭不得上訴於第三審法院之罪名，為使其能獲得 1 次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，新修正第 376 條第 1 項乃增設但書規定，例外放寬其上訴第三審法院之限制，以有效保障其訴訟權。但其依前揭但書規定提起第三審上訴後，若經第三審法院撤銷發回原審法院更審者，因其已經獲得 1 次上訴救濟之機會，足以有效保障其訴訟權，新法乃於同條增設第 2 項規定此類第二審更審之判決，不得再上訴於第三審法院。故其依前述新修正條文第 1 項但書規定上訴後，若經第三審法院撤銷發回更審，而第二審更審結果仍判處刑事訴訟法第 376 條第 1 項所列各款原屬不得上訴於第三審法院之罪名者，則不許其再次上訴於第三審法院，以避免過度浪費訴訟資源。準此以觀，修正後刑事訴訟法第 376 條第 2 項所稱「依前項但書規定上訴」者，其適用範圍應以「被告初次被判處同條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名，而依上述新修正第 376 條第 1 項但書規定提起第三審上訴者」為限。若被告經第一審判決無罪，經第二審撤銷改判有罪之罪名並非同法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，倘經第三審法院撤銷發回第二審法院更審，而第二審法院於更審後始初次改判被告犯刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者。因其先前被第二審改判有罪之罪名本屬得上訴於第三審法院之罪，故其前次所提之第三審上訴，與上開條文第 1 項所增設但書規定之適用無涉。亦即其先前上訴於第三審法院，並非「依前揭但書規定之上訴」，核與前揭新修正第 376 條第 2 項所規定「依前項但書規定上訴」之前提不合，即無該條第 2 項關於不得再上訴於第三審法院規定之適用。故在此情形，被告係經第二審更審後始初次改判同條第 1 項各款所列不得上訴於第三審法院之罪名者，即無上述新修正條文第 2 項規定之適用，此種案件仍應回歸適用同條第 1 項但書之規定，就其初次被第二審法院判處不得上訴於第三審法院罪名之案件，給予其 1 次上訴於第三審法院之機會，始符上述修正規定之意旨。

四.刑事訴訟法第 376 但書之無罪判決之內涵

(一)概論

最高法院 107 台上 2696 號判決

按刑事訴訟法第 376 條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，同法條第 1 項但書定有明文。揆其立法目的，係因上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第 752 號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。上開所謂無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，即於判決理由內說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故不另為無罪諭知，此仍應屬已經實體審理之無罪判決。

(二)單一案件他部事實未經起訴致法院漏未判決(實質上一罪/裁判上一罪)

最高法院 107 台上 3183 號判決

刑事訴訟法第 376 條第 1 項於民國 106 年 11 月 16 日修正，其修正目的，乃為本屬不得上訴第三審法院之輕罪案件，經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，將使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會。上開修法，雖未規定不得上訴第三審法院之罪，苟未經第一審法院判決，待上訴後，經第二審法院

以第一審法院漏未判決，且與上訴部分，有裁判上一罪關係，經第二審法院併為有罪判決之情形，亦得提起第三審上訴。然訴訟權保障之核心內容，在人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲得「及時有效救濟」之機會。是為貫徹上開修法目的，及司法院釋字第 752 號解釋精神，使初次受有罪判決之被告或得為被告利益上訴之人，至少一次上訴救濟之機會，此種情形，亦應適用刑事訴訟法第 376 條第 1 項之規定，賦予被告或得為被告利益上訴之人得提起第三審上訴之機會。

最高法院 107 台上 2630 號判決

刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，該條項定有明文。是裁判上一罪案件中所涉罪名不得上訴第三審部分，如經第一審判決不另為無罪之諭知，但經第二審撤銷改判就該部分論處罪刑者，仍屬初次受有罪判決之情形，應予被告或得為被告利益上訴之人至少 1 次上訴救濟之機會，允之上訴第三審，俾有效保障其訴訟救濟權益。至於裁判上一罪中涉不得上訴第三審罪名之部分犯罪事實已經起訴，但起訴書及第一審漏未論究其罪，經第二審調查訊問，始撤銷改判論列此部分罪名之情形，為確保人民訴訟利益，避免其初次受論罪判決即告確定，而無尋求上訴審法院審查救濟之機會，應本於同一法理，就該首次論罪部分，亦予至少 1 次得上訴第三審之機會，始符法制本旨。

(三) 案例練習

	第一審法院	第二審法院	第三審法院	更一審法院	更二審法院
情形一(刑法 §354)	無罪	有罪	Q I .得否上訴第三審法院?		
情形二(刑法 §354)	無罪	有罪	撤銷發回	有罪	Q I I .得否上訴第三審法院?
情形三(刑法 §330、刑法 §354)	刑§330 有罪、刑法 §354 不另為無罪諭知	刑§330 有罪、刑法 §354 改判有罪	Q I I I .改判部分得否上訴第三審法院?		
情形四(刑法 §320)	無罪	改判刑法 §328	撤銷發回	改判刑法 §320	Q I V .改判部分得否上訴第三審法院?
情形五(刑法 §320)	無罪	有罪	撤銷發回	改判刑法 §328	改判刑法 §320 Q V .得否上訴第三審法院?

伍、沒收特別程序

刑事訴訟法 § 455-13 條

I 檢察官有相當理由認應沒收第三人財產者，於提起公訴前應通知該第三人，予其陳述意見之機會。

II 檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨，並即通知該第三人下列事項：

一、本案案由及其管轄法院。

二、被告之姓名、性別、出生年月日、身分證明文件編號或其他足資辨別之特徵。

三、應沒收財產之名稱、種類、數量及其他足以特定之事項。

四、構成沒收理由之事實要旨及其證據。

五、得向管轄法院聲請參與沒收程序之意旨。

III 檢察官於審理中認應沒收第三人財產者，得以言詞或書面向法院聲請。

一. 沒收特別程序有不告不理原則之適用⁴

最高法院 107 台上 3573 號判決

依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項規定，參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。惟該條規定之適用，係以第三人成為參與人為前提。又依同法第 455 條之 12 第 3 項但書規定，第三人向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議者，法院自無命該第三人參與沒收程序之必要，則該第三人既未參與沒收程序，即非參與人，法院即使認第三人財產符合

⁴ 學者意見可參薛智仁，2016 年刑事程序法回顧：沒收程序法、羈押閱卷與證據法則，國立臺灣大學法學論叢，第 46 卷特刊，2017 年 11 月，頁 1505~1506；吳燦，沒收判決與不告不理原則——最高法院 106 年度台上字第 1658 號判決評析，月旦裁判時報，第

64 期，2017 年 10 月，頁 46~54

沒收之要件，亦不得依上開規定，對該第三人諭知其財產應予沒收之判決，更無由因財產可能被沒收之第三人陳明對沒收不表異議，即得於本案判決內，對已由該第三人取得之物，逕對被告為沒收之宣告。由是亦徵，刑事訴訟法第七編之二增訂之「沒收特別程序」，對於第三人財產之沒收，應有控訴原則之適用，必先經檢察官之聲請，始得由法院依法裁判。亦即，在有刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項但書所定情形，該第三人之財產，如係已由檢察官聲請沒收者，於法院認符合沒收之要件時，即得依檢察官之聲請，對該第三人所取得之物為沒收之判決(即相關之沒收判決);於不符合沒收之要件者，則予以駁回。

最高法院 107 台上 2101 號判決

刑法沒收修正後，既將沒收定位為獨立的法律效果，則檢察官對於被告起訴之效力，並不當然擴張及於第三人財產之沒收。是以，刑事訴訟法第 455 條之 13 第 2、3 項乃分別規定，檢察官於起訴時或審理中，認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中向法院聲請沒收，並通知第三人，以便利第三人向法院聲請參與沒收程序及為訴訟準備。至於刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1、3 項規定，主要在賦予財產可能被沒收之第三人參與刑事本案沒收程序之權限，確立其程序主體地位，以保障其權利。上開條文規定之立法順序雖然倒置，但就體系解釋而言，必先充足刑事訴訟法第 455 條之 13 所定檢察官向法院聲請沒收第三人財產，並通知第三人之前提要件，而有第三人未依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1、2 項以書狀向該管法院聲請參與沒收程序之情形，法院始得啟動同條第 3 項前段之「認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序」，俾符控訴原則。蓋非如此，刑事訴訟法第 455 條之 13 將形同具文。又刑事訴訟法第 455 條之 13 第 3 項所指檢察官於審理中「得以言詞或書面向法院聲請」，係指檢察官於審理中聲請沒收第三人之財產(法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 181 點參照)，而非聲請法院依職權通知第三人參與沒收程序。從而，依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，而檢察官於提起公訴之同時，未於起訴書記載聲請沒收第三人財產之旨，亦未於審理中追加聲請者，法院即應曉諭檢察官為聲請，如檢察官未聲請，法院不得依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項規定，依職權裁定命該第三人參與沒收程序，對該第三人財產諭知沒收。



讀家2020律師司法官 考場最佛心特惠來囉！

讀家的師資最棒！

讀家的價格最低！

讀家的服務最好！

2020各班別	面授	雲端	12期分期專案
律師全修班雙師資	33900	31800 (優惠價)	2825/2650
總複習	9800	9800	無分期
全修班任選三科	20800	22800	1734/1817
解題改題	10800	12800	900/1067
限時爭點	10800	12800	900/1067
法研文章	8000	10000	無分期
全修+總複習	39400	37300 (優惠價)	3283/3108
解題改題+限時爭點	17800	19800	1483/1650
解題/爭點+總複習	16800	18800	1400/1567
解題/爭點+法研	16800	18800	1400/1567
解題+爭點+總複習	23800	25800	1983/2150
全修+解題/爭點	42000	42000	3500
全修+解題/爭點+總複習	45000	45000	3750

★ 真正雙師資，真正的G哥所在地

讀家就是考生的家，
一個真正G哥領軍一線師資為考生服務的地方

G哥 (江承勳)

民法 - 張璐 (洪健智)、賴川 (賴建樺)、路易 (蔡崧萍)、程穎 (陳姿嵐)

刑法 - 連芯 (簡佑君)、周易 (楊駿賢)、音果律 (蔡承諭)

公法 - 徐偉超、寧尚 (李俊良)、鍾禾 (莊智翔)

民訴 - 李甦 (李杰峰)、憲偉 (張建偉)

刑訴 - 言頁 (許願)、莫莉 (王妙華)、益明 (林邦彥)

商法 - 祁明 (林子堯)、希言 (林佳儒)、高宇 (高振格)

這些老師都是G哥最好的戰友，也是會幫您上榜的最佳名師，我們都在讀家

最低每月只要900元起
即刻展開考試學習之路

※憑准考證可享以上優惠價格，活動期限至 11 / 15 日止

讀家

READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



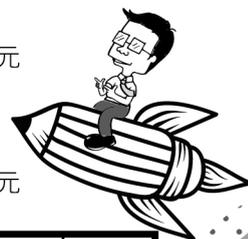
2020 讀家補習班 律師、司法官 解題改題班

大學好不容易學分修完，各家補習班的全修班也都補過了，但一碰到題目，還是腦袋空白不知道如何下筆嗎？沒關係！快來上讀家司律解題班，這次不僅有超強師資幫你釐清考科重點，更讓你現場直接練習寫考卷！！！就是要讓你到了考場無往不利，不當考卷上的啞巴！！！

本次解題班包含現場考卷練習

面授 10800元

雲端 12800元



科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	程穎 (陳姿嵐)	2020/3/1(日)起每週日9:30、14:00 考卷練習日:3/8、3/22	12
身分法	程穎 (陳姿嵐)	2020/4/12(日)起每週日9:30、14:00 考卷練習日:4/12	3
刑法	連芯 (簡佑君)	2020/3/16(一)起每週一、三18:45 考卷練習日:3/30、4/15	12
憲法	徐偉超	2020/2/1(六)起每週六18:45 考卷練習日:2/22	7
行政法	徐偉超	2020/3/21(六)起每週六18:45 考卷練習日:4/18、5/16	10
刑訴	益明 (林邦彥)	2020/2/1(六)起每週六9:30、14:00 考卷練習日:2/8、2/22	12
民訴	李甦 (李杰峰)	2020/1/6(一)起每週一、三、五18:45及週六14:00 考卷練習日:1/11、1/18	10
公司法	陳楓	2020/4/21(二)起每週二、四18:45 考卷練習日:4/30	6
證交法	陳楓	2020/5/12(二)起每週二、四18:45 考卷練習日:5/21	6
保險法	高宇 (高振格)	2020/5/22(五)起每週五18:45 考卷練習日:5/29	4

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

READER PLACE

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



以上均可無卡無息分期12期，每月最低900元就可以上課，請洽 (02) 77266667 或粉絲頁，放榜考取一律全額退費